

DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN LA LEY 17.815

Ricardo Lackner¹

PANORÁMICA DEL CONTENIDO DE LA L. N° 17.815

El problema de la determinación del bien jurídico

Si bien fueron incluidos en el mismo cuerpo legal, las seis figuras² proyectadas en el mismo, presentan algunos elementos comunes, pero también ciertas diferencias en cuanto al bien jurídico afectado por los presuestos de hecho previstos en cada una de ellas. Reparemos en la normativa, tanto de fuente nacional como internacional referida al particular, para tratar de discernir los bienes jurídicos involucrados. Comenzando por la Constitución Nacional, cabe tener presente lo dispuesto por los artículos 41³ y 44⁴, así como por el recientemente aprobado Código de la Niñez y de la Adolescencia. En cuanto a las disposiciones de fuente internacional, es ineludible la Convención sobre los derechos del Niño⁵, ratificada por la Ley N° 16.137 y su Protocolo Facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil la utilización de niños en la pornografía, ratificado por la Ley N° 17.559, así como el convenio

¹Profesor Adjunto de Derecho Penal (C) en la Regional Norte de la Universidad de la República.

² Además de las tres figuras que aquí comentamos, la ley incriminó en su artículo 4° la “retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo; en el artículo 5, la “contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces”; y en el artículo 6, el “tráfico de personas menores de edad o incapaces”.

³ Artículo 41 inc. 2°: La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

⁴ Artículo 44 inc. 1°: El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

⁵ Artículo 19: 1- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2- Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 34: Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) Las incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal. b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales. c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 39: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

internacional de la OIT N° 182 sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil, ratificado por la Ley N° 17.298.

Este marco normativo orienta la definición de bien jurídico de las figuras en una dirección totalmente distinta a la del delito de exhibición pornográfica legislado en el artículo 278 del Código Penal, de naturaleza colectiva e identificado como el *pudor público*. Por el contrario, en las figuras que aquí se consideran, evidentemente el bien jurídico es de naturaleza individual. Atento a la índole de las conductas prohibidas, se ha apuntado en dirección a la *libertad sexual* como la objetividad jurídica afectada. Pero precisamente, la condición de persona menor de edad o mayor de edad incapaz, en la que se sustenta la presunción de falta de consentimiento o la ineficacia jurídica del mismo, es en lo que se han fundado algunos autores para sostener que en realidad son personas carentes de libertad sexual y, por tanto, lo que en verdad se “tutela” es su indemnidad sexual, entendida como el derecho de esas personas a quedar libres de todo daño de naturaleza sexual. Las posiciones doctrinarias sobre este tema varían entre quienes proponen a la libertad sexual sin más, hasta quienes identifican otro bien jurídico distinto, con una variedad de matices intermedios.

Así, respecto de los menores de doce años se ha sostenido que de lo que se trata es de preservar la libertad sexual *in fieri* o en potencia, de las que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores⁶, para permitir materializar un ámbito básico de libre desarrollo de la personalidad del sujeto. Sin duda que estas precisiones en particular, no constituyen una discrepancia de fondo con aquel sector de la doctrina que fija el bien jurídico protegido en estos casos, en la idea de indemnidad sexual⁷.

El caso de las personas incapaces, merece consideración aparte. Por lo pronto se ha advertido, con razón, que no puede partirse en todo caso de la ausencia de libertad sexual en las mismas, pues la fenomenología demuestra cómo estas personas pueden tener también un ámbito relativo de libertad⁸. Pero aún así, la categoría de “libertad sexual *in fieri*” ofrece dificultades pues parece estar pensada para un ser en desarrollo, en evolución, posibilidad de la que puede carecer un adulto afectado por la patología que le confiere la condición de incapaz. En esta hipótesis, podría

⁶ Esta propuesta es coincidente con la que propiciara en nuestro medio Luis TORNARIA (“Sobre el delito de corrupción” en *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, Año II, N° 3*), y fue traída a colación por Gonzalo FERNÁNDEZ durante el debate suscitado en el seno del mencionado Instituto, luego de una brillante disertación de Brenda PUPPO sobre el delito de fabricación de material pornográfico, realizada el 16/3/06.

⁷ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón: “Delitos contra la libertad sexual” en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Director, VALLE MUNIZ, José Manuel, Coordinador, Aranzadi, Elcano, 1996, pág. 248-249.

⁸ *Idem* pág. 260-261.

ser de recibo concebir al bien jurídico como la protección del espacio de autodeterminación existente, entendido como un derecho a la indemnidad. Así Muñoz Conde⁹ expone el problema especial que presentan estos delitos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Pueden tener en común, atendiendo a la edad y al tipo de patología, en uno y otro, por ejemplo, un menor de trece años, y un oligofrénico profundo, el carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Ante ello, detecta actualmente, en nuestro ámbito de cultura, la existencia de una especie de consenso no escrito sobre la «intangibilidad» o «indemnidad» que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, concluye, se pretende, en la situación del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.

Si bien previstas en el mismo acto legislativo y bajo la misma *ratio legis*, no puede sostenerse que las conductas contempladas en las seis figuras afecten sin matices el mismo bien jurídico y de la misma manera. Valga entonces el desarrollo anterior como un punto de partida para la consideración particular.

EL DELITO DE FABRICACIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

Ratio Legis

Delito previsto en el artículo 1º de la ley¹⁰, ostenta como clave definitoria para la identificación del bien jurídico afectado por las conductas criminales que describe, que la creación de material pornográfico, se realiza, directamente, empleando a objetos materiales personales calificados por su edad, menores de dieciocho años¹¹, o por su

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. 12ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 196.

¹⁰ Artículo 1º. (Fabricación o producción de material pornográfico con utilización de personas menores de edad o incapaces). El que de cualquier forma fabricare o produjere material pornográfico utilizando a personas menores de edad o personas mayores de edad incapaces, o utilizare su imagen, será castigado con pena de veinticuatro meses de prisión a seis años de penitenciaría.

¹¹ Convención de los Derechos del Niño, art. 1º: A los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En cambio, nuestro Código de la niñez y de la adolescencia distingue en el inciso 2º del art. 1º: A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende

condición de incapaces, extremo no definido en el texto legal, o indirectamente, a partir de sus imágenes.

Como fundamento y justificación legal para la incriminación, se ha hecho hincapié en que la dañosidad que causa la pornografía infantil trasciende el abuso directo de los niños usados en el proceso de elaboración de esa pornografía, puesto que las afectaciones se extienden progresivamente, en tanto, esa pornografía original promueve con su efecto excitante nuevos abusos infantiles, pues actúa como estímulo erótico generador de mayor demanda pedófila en el mercado del sexo. En definitiva, la pornografía infantil constituye una modalidad de la explotación sexual comercial de niños y, a la vez, garantiza la promoción de esa explotación, incentivando el aumento de clientes y magnificando fenómenos asociados, como son la prostitución y el tráfico de niños. Hasta aquí consignamos lo aducido como *ratio legis*, e insistimos con diferenciarlo del concepto de bien jurídico, puesto que los postulados anteriores, aunque defendidos en conferencias internacionales, no se encuentran respaldados por evidencia científica alguna.

Objeto material

Si bien se ha discutido en los organismos internacionales, y propiciado un consenso tendiente a la necesidad de reprimir también lo que se ha dado en llamar *pseudo-pornografía* y *pornografía técnica*, creemos que nuestra legislación sólo ha criminalizado la producción de la primera. En efecto, se denomina *pseudo-pornografía* al material obtenido a partir de imágenes de adultos en comportamientos sexuales, las que se alteran mediante el empleo de ordenadores para que parezcan personas menores de edad, incorporando además, la imagen del rostro de niños reales¹² o modificando las imágenes de menores, agregando objetos, participantes, etc., por ejemplo, ubicándolos en una acción de contenido sexual. A esta modalidad de producción es a la que se refiere el art. 1º cuando dice “o utilizare su imagen”. La pornografía técnica, en cambio, prescinde por definición, directa o indirectamente, de la utilización de personas reclamadas por el tipo. O bien se emplean adultos convenientemente presentados para que parezcan menores, o se utilizan otros medios de expresión gráfica como el *comic*, dibujo, etc., en cuyo proceso de elaboración no participan menores de edad.

por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad. Durante la discusión parlamentaria presentó objeciones en cuanto al límite de edad, entre otras, el Sr. Diputado Bergstein.

¹² O de personas mayores de edad pero incapaces.

Insistimos en cuanto a que la pornografía técnica no está alcanzada por el tipo, ya que cuando la segunda mitad del art. 3º de la ley¹³ dice: “... la imagen u otra forma de representación de *personas* menores de edad o incapaces”, la alusión al término *persona* introduce la nota de individualidad, y por tanto, dicha representación que podrá ser un dibujo logrado a mano o por cualquier medio técnico, debe estar referido a un individuo concreto, al que a partir de su representación gráfica, se lo debe poder identificar. Quedan a nuestro juicio excluidos de la figura los dibujos que representen niños, sin correspondencia con personas concretas, ni las imágenes de adultos maquillados y disfrazados para parecer niños. Indudablemente, aquí no hay lesividad de los bienes jurídicos antes señalados. Eventualmente, estas creaciones, podrían servir de base para la imputación de un delito de apología del delito, naturalmente, si cumplen con los restantes requisitos de ese tipo en particular.

Como ya se indicó, la ley proporciona en el artículo 3 la definición de material pornográfico que se fabrica en el artículo 1º, tomándola del instrumento internacional al cual reenvía. El abolengo internacional de la definición no la pone a salvo de dificultades. En efecto, a la misma se le incluyó una referencia subjetiva “con fines primordialmente sexuales”, la que, razonablemente, debe constatarse en el fabricante o productor y no necesariamente en el espectador¹⁴. Por cierto que el tema tendrá incidencia sólo en determinados casos límite, y nula en otros, precisamente en los que la extrema aberración del contenido del material la haga obviamente incompatible con eventuales invocaciones, por parte de los indagados, de perseguir con ellas finalidades artísticas o científicas. Creemos que hubiera sido más adecuado, en vez de emplear el término “fines” que alude siempre a los móviles de un sujeto, tratarlo técnicamente como un delito de sentido, a determinar conforme otras pautas y categorías como las que emplea la semiótica.

Los conceptos de “material pornográfico” y de “pornografía” son claramente un componente normativo, pues su significado depende de cambiantes valoraciones lo que trae aparejada una cierta incertidumbre. La definición incorporada emplea, para eludir este problema, un criterio casuista, que resultó cuestionado, entre otras cosas, por dejar fuera de la definición la exhibición de zonas erógenas distintas de los genitales.

¹³ Artículo 3º (segunda parte): A los efectos del presente artículo y de los anteriores, se entiende que es producto o material pornográfico todo aquél que por cualquier medio contenga la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o incapaces dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la imagen o representación de sus partes genitales, con fines primordialmente sexuales. (Ley N° 17.559, de 27 de setiembre de 2002, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía).

¹⁴ Su constatación es razonable en el productor en el tipo del artículo 1º, pero no tanto en el del tercero, donde el autor de la creación puede resultar desconocido.

De acuerdo con la solución acogida para definir el objeto material, el material pornográfico al que se refieren los tipos legales debe contar necesariamente con imágenes¹⁵, las que pueden estar acompañadas de texto o sonido (material audiovisual), mas quedará excluido aquél que conste exclusivamente de texto o sonidos. Es penalmente irrelevante el tipo de soporte, pues puede tratarse de cintas de video, discos compactos, papel, etc.

Por cierto que la referencia a “...fines primordialmente sexuales” aunque técnicamente mal ubicada, tiene efectos en el aspecto subjetivo del tipo, enriqueciendo el dolo y permitiendo incluir la figura en la categoría de delitos de tendencia interna trascendente. La comprobación de otros fines, descartará la tipicidad. Naturalmente, que según el tipo de imagen de que se trate, habrá casos dudosos que deberán resolverse conforme el principio de *favoris rei*, y otros en que la finalidad sexual surgirá *in re ipsa*.

Verbos nucleares

Los verbos nucleares son “fabricar” y “producir”. La técnica tradicional de interpretación obliga a asignar un sentido diverso a cada uno de ellos, pues suponiendo un Legislador omnisciente y coherente, determinaba a pensar que el segundo verbo adicionado, tenía su razón de ser en la finalidad de atrapar conductas que no quedaran comprendidas por el primero. Desde hace tiempo, las premisas en las que se sustenta este método han caído, y en un caso como el presente no es posible diferenciar sentidos diversos en las expresiones *fabricar* y *producir*, si no existe un acuerdo previo para definir expresamente el alcance de cada uno. Bien que por su etimología, *fabricar* alude inmediatamente a hacer un producto industrial por medios mecánicos, lo que implica una determinada escala, a diferencia de lo que ocurriría con *producir*. Si por *fabricación* se entiende el conjunto de las operaciones realizadas en el proceso de producción, entonces tendríamos una relación de progresividad entre los dos verbos nucleares de esta figura.

Este binomio verbal conlleva varias consecuencias dogmáticas. En primer lugar, logra un amplísimo efecto incriminador sobre toda creación¹⁶ de material pornográfico, ya sea de un solo ejemplar¹⁷, como de cantidades

¹⁵ A diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones, como por ejemplo la canadiense, país en el cual el primer caso de condena por distribución de material pornográfico por computadora fue precisamente a un joven de 19 años que daba a conocer por ese medio relatos dónde describía cómo se había relacionado sexualmente con distintas niñas.

¹⁶ No parece de recibo aquí, que el verbo producción esté empleado en el sentido específico utilizado para describir la actividad preparatoria que realiza un equipo de personas en apoyo de un producto audiovisual, v.g. un programa de televisión, una película cinematográfica, un videograma, etc, puesto que ontológicamente son actividades de “facilitamiento” comprendidas por el artículo 3º.

¹⁷ Durante el debate desarrollado en los trabajos preparatorios del texto de la convención finalmente aprobado, así como en la discusión de la doctrina comparada sobre el particular, se da por sobreentendido

al por mayor, con toda la gama intermedia, consecuencia de la aplicación de mecanismos industriales. En segundo lugar, sus núcleos perfilan la figura dentro de la categoría de los llamados tipos mixtos alternativos, ya que varias acciones realizan el tipo, no acumulativa, sino alternativamente¹⁸. Por tanto, y para ilustrar esta característica, si el agente filma su encuentro íntimo con una persona menor de edad, y luego, de esa filmación realiza cien copias, debe responder por un solo delito (artículo 1º) en la modalidad de fabricación, puesto que además de lo apuntado, existe una relación de progresividad que subsume las etapas previas, excluyendo en este caso, la aplicación de las modalidades concursales delictuales.

Referencia circunstancial de modo

La expresión verbal está condicionada por dos referencias circunstanciales de modo, la fabricación o producción debe realizarse *utilizando a personas menores de edad o incapaces o su imagen*. Por “menores de edad”, debe entenderse conforme a la Convención de los derechos del Niño, como aquéllas personas que no han cumplido dieciocho años. En cambio, sobre la categoría “mayor de edad incapaz” la ley no aporta definiciones, como ya se indicó. Sí debe descartarse un criterio civilista, que reclamara que para que se configure tal extremo debe tratarse de una persona interdicta. La autonomía científica del derecho penal, permite sustentar que basta que se involucre a un adulto con una incapacidad notoria¹⁹, incapacidad intelectual, para percibir la naturaleza y repercusiones de las conductas necesarias para la creación del material pornográfico. *A priori* y de manera general, no pueden establecerse conclusiones sobre el particular, ya que la perturbación que tal enfermedad proyecta sobre el aspecto intelectual no es de tal magnitud como para tornarlas *per se* incapaces.

Problema aparte, plantea el discernir qué se entiende por “utilizar menores o incapaces”. No cabe duda que refiere al empleo de dichas personas como objetos materiales personales de la figura, v.g. como modelos o actores en poses o actuaciones que se adecuen a las hipótesis previstas en la segunda parte del artículo 3º, esto es que desempeñen

que la figura atrapa la conducta, por ejemplo, de quien practicando turismo sexual, graba con su cámara portátil su encuentro íntimo con una persona menor de edad, ya sea para conservarlo como *souvenir* o para intercambiar material con otros individuos con sus mismas deplorables apetencias.

¹⁸ Cfr. ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte General. T. I, Trad y notas de Diego Manuel LUZON PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier de VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1999, pág. 337.

¹⁹ Decimos que debe ser notoria, porque debe poder advertirse a partir de la contemplación de una imagen, pues de lo contrario, tratándose por definición de un adulto, se apreciaría como un caso de pornografía común.

actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o simplemente exhiban sus genitales²⁰. Es cuestión opinable, en cambio, que algunos autores resuelven pronunciándose en el sentido de la incriminación, la de la participación de menores, no ya como “protagonistas”, sino por ejemplo, como utileros, operadores de cámara, etc. Veamos. Comencemos por descartar algunas hipótesis. No cualquier intervención de menores en el proceso de creación del material pornográfico es suficiente para que se configure el tipo previsto en el artículo primero. Si el menor es el encargado de registrar con una cámara la actividad sexual de dos personas adultas, no por ello estaremos ante el delito previsto en el art. 1º de la ley, puesto que la misma reclama particulares características del material producido, esto del objeto material, que en la hipótesis planteada no se da. Condición necesaria, pero no suficiente, es que por lo menos haya una persona menor de edad en “escena”, o se aplique a una imagen lograda a partir de modelos o actores adultos, la superposición de la imagen obtenida de una persona menor de edad. Cierta doctrina extranjera²¹, y entre nosotros LANGÓN, entiende que ante la falta de especificación del tipo acerca del grado de implicación del menor, ampliada por la referencia modal “de cualquier forma”, basta con que en el material pornográfico se incluya a estas personas²². Por nuestra parte, entendemos que la definición de material pornográfico encartada en el artículo 3º, exige algo más que la sola presencia, y es que la persona menor de edad aparezca *dedicada* a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o desnuda con exhibición de sus genitales.

En las soluciones doctrinarias calificadas como opinables, hay una visualización del menor, no utilizado como objeto material personal, sino en otro tipo de tareas necesarias para la producción del material pornográfico, como una víctima más, por la exposición a situaciones potencialmente corruptoras. Pero ello depende de muchos factores no tomados en cuenta por el tipo a estudio, tales como su edad, la naturaleza de las prácticas, etc. Tan variables son por los distintos estadios de madurez que transcurren en la franja etaria considerada, que en muchos casos sería posible, en cambio, ver su desempeño en la empresa criminal, comprendido por la categoría de copartícipe criminal²³, más que como víctima.

El alcance que razonablemente se le debe asignar al tipo, consiste en circunscribirlo a la utilización de ciertas personas por definición vulnerables como objetos materiales personales, valiéndose de las mismas

²⁰ Se ha advertido que fuera de las previsiones ha quedado la exhibición de otras zonas erógenas.

²¹ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón: “Delitos contra la libertad sexual” en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Director, VALLE MUNIZ, José Manuel, Coordinador, Aranzadi, Elcano, 1996, pág. 268.

²² LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, T. II, V.II, U.M., Montevideo, 2005, pág. 131.

²³El que por supuesto eventualmente se llamará a responsabilidad a través del derecho penal juvenil.

como si fueran objetos, objetos para la satisfacción lúbrica de otros, en que lo que se ve claramente la dimensión de la afectación de su dignidad humana y de su libertad sexual, entendida en sentido amplio. Ello no implica la exclusión *a priori* de toda responsabilidad a aquellos que emplearen el concurso de personas menores de edad en el desarrollo del delito a estudio, ya que tal conducta podría convocar otras figuras. Por otra parte, quien produzca material pornográfico, por ejemplo, empleando a mayores de dieciocho años que aparenten tener menos años, sin utilizar menores, no incurrirá en esta figura delictiva, porque los verbos nucleares no se conjugan atendiendo a la modalidad reclamada por el tipo.

La otra forma de utilización de menores prevista, es precisamente a través del uso de su imagen. Se trata de una hipótesis de elaboración de lo que la doctrina comparada denomina *pseudo-pornografía*. El menor cuya imagen se emplea, no se ve, como en los anteriores casos, involucrado directamente en la representación de las escenas pornográficas, sino que mediante el empleo de diferentes técnicas, se superpone por ejemplo la imagen de su rostro en la imagen del cuerpo de un adulto. Sin duda, que si esa imagen trucada toma publicidad habrá una afectación, de lo que en doctrina se ha denominado derecho a la intimidad, a su imagen y a su dignidad. También podría decirse que resultó conculcado su derecho al honor. Afectaciones, sin duda, pero no de la misma naturaleza que otras hipótesis previstas en la misma disposición; por tanto no deberían estar contempladas en la misma figura. La individualización de la pena en este caso debe ser menor. Por cierto que la imagen puede ser también la de una persona incapaz. La satisfacción de este requisito del tipo no puede constatarse exclusivamente a partir de la imagen empleada, pues los estigmas que delatan la enfermedad, no son invariablemente inequívocos en cuanto a la configuración de una situación de incapacidad.

Aspectos subjetivos del tipo

Sólo es concebible la imputación subjetiva a título de dolo directo. El dolo, en tanto que voluntad realizadora del tipo objetivo, debe proyectarse sobre todos los aspectos de éste, es decir que el agente debe tener conocimiento actual de que está utilizando a una persona menor de edad o incapaz para la creación de material pornográfico. La naturaleza de las conductas descritas, así como la referencia subjetiva prevista, califican la actitud interna requerida al agente.

Penalidad

En cuanto a la pena, su guarismo mínimo se encuentra en el límite de la pena de penitenciaría, veinticuatro meses. Es susceptible de concurrir con otras figuras delictivas, particularmente las que le podrían servir de medio para obtener las imágenes pornográficas, básicamente si en las escenas sexuales registradas intervienen mayores de edad, podría concurrir fuera de la reiteración con el delito de violación o el de atentado violento al pudor, o corrupción. No se advierten inconvenientes en la aplicación de los dispositivos amplificadores del tipo constituido por el régimen de la participación criminal. Incluso puede concurrir con el artículo 4 de la misma ley (retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo) o también con el del artículo 5º, si la utilización del menor adquiere las características de habitualidad y permanencia (contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces).

El desajuste que reina en materia de delitos sexuales, debido al envejecimiento de la normativa y a las reformas parciales²⁴, provoca situaciones llamativas, por decir lo menos, con relación al tema que nos ocupa. Así por ejemplo, superados los doce años aunque la persona podría consentir, con eficacia jurídica para su *partenaire*²⁵, una relación sexual, no tendría eficacia en cambio, su consentimiento para registrar dicha actividad en cualquier soporte (filmación, etc.).

EL ARTÍCULO SEGUNDO²⁶: COMERCIO Y DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

Verbos nucleares y objeto material

²⁴ Ya señalados hace tiempo por MALET VÁZQUEZ, Mariana: “Apuntes sobre los delitos sexuales”, en *Revista de Ciencias Penales N° 3*, Carlos Álvarez Ed., Montevideo, 1997. Más recientemente, en el marco del programa académico 2006 del Centro de Investigaciones y Estudios Penales del Uruguay (Ciepur), Laura LLAMBÍ ha alertado sobre las consecuencias que apareja la derogación, por evidente distracción del Legislador, del art. 23 del C.P.P., referido a la habilitación de la persecución de oficio de determinados delitos sexuales, en ciertas hipótesis. Esta equivocación, padecida en la Ley N° 17.938, fue subsanada mediante el dictado de la Ley N° 18.039, que reincorpora el artículo 23, agregándole dos nuevas hipótesis excluyentes del cumplimiento del requisito de procedibilidad a las originalmente previstas.

²⁵ Para no incurrir en el delito de violación, art. 272 inc. 1º del C.P. Si mediare pago o promesa de alguna ventaja, tampoco sería violación, sino el delito previsto en el art. 4º de la Ley. 17.815, que tiene la misma pena.

²⁶ Artículo 2º. (Comercio y difusión de material pornográfico en que aparezca la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o personas incapaces). El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

La figura se estructura en torno a ocho verbos nucleares que en harto cuestionada técnica de abanico trata de abarcar un amplio espectro de hipótesis, pretendiendo impedir filtraciones mediante el despliegue de los mismos. *Grosso modo* puede señalarse que el tipo trata las actividades posteriores a la creación de los *producta sceleris*, que recaen sobre éstos, originados por la incursión, del mismo o diferente agente, en el delito del artículo 1º. En el primer caso, esto es, si por ejemplo, el fabricante además es quien realiza la comercialización, la aplicación de ambas figuras será de recibo, en concurrencia fuera de la reiteración, puesto que indudablemente, la comercialización “permite sacar provecho” de la creación, tal como reclama el artículo 56 del Código Penal²⁷.

Puede parecer ocioso procurar definir el sentido de cada uno de los verbos empleados, pues *a priori* la intuición parece indicar que la red que conforman los ocho vocablos difícilmente puede dejar escapar algo. Sin embargo, cabe recordar que la normativa adjetiva reclama precisión en la imputación, por lo que la correspondiente requisitoria deberá individualizar el verbo o los verbos acordes a la conducta que resulte probada.

Veamos cada uno. “Comerciar” supone ejercer el comercio y *comercio* menta acerca de una actividad que refiere a negociaciones que pueden canalizarse a través de compras, ventas o permutas. En este caso supone un intercambio oneroso, en el cual por lo menos una de las prestaciones tiene por objeto al material pornográfico definido en la ley. La comercialización se efectúa mediante los denominados “canales de comercialización”. Es dar a un producto condiciones y organización comercial para su venta. En otros tipos penales se han empleado verbos tales como “vender”, “expender” u “ofrecer en venta”, por lo que si aquí se empleó uno más restrictivo por su sentido técnico, que lo ubica en la categoría de los delitos colectivos²⁸, no hay fundamento para extender por vía interpretativa las conductas pasibles de responsabilidad penal.

El tipo también atrapa, siguiendo aparentemente una política criminal orientada a facilitar la estrategia represiva, etapas anteriores a la comercialización, como lo son el almacenamiento y la oferta. Se emplea en la oportunidad la cuestionable técnica que ya hemos criticado en otras materias²⁹. “Importar” y “exportar” no son sino la comercialización internacional, por cierto que en cumplimiento de las formalidades previstas para las operaciones de comercio exterior³⁰. “Exportación” y “salida” no

²⁷ Ya que tampoco la comercialización es una condición o elemento constitutivo del tipo del artículo 1º de la ley que se comenta.

²⁸ Categoría de delitos mencionada en el art. 119 del C. Penal.

²⁹ Delitos marcarios, patentes, propiedad intelectual y estupefacientes.

³⁰ *Prima facie* se nos presentan estas hipótesis como de difícil configuración, salvo que los bienes fueren calificados por los interesados como material pornográfico sin especificar que se trata de pornografía infantil y que no resulte inspeccionado, pues en este último caso la ilicitud del mismo resulta ostensible y la autoridad aduanera no debería autorizar la operación, y dar cuenta a la justicia penal.

son sinónimos. La exportación es una operación aduanera sujeta a trámites especiales³¹, y al igual que el concepto de *importación*, se encuentra definida en su alcance por la legislación aduanera, que el intérprete, obviamente, no puede extender analógicamente sin texto habilitante. Deben circunscribirse, pues, a su acepción técnica.

Difundir menta acerca de la propagación o divulgación de las imágenes pornográficas, sin que medie necesariamente el desplazamiento del soporte y sin que sea determinante, como en el caso de concepto de distribución, la nota de onerosidad.

La exhibición, es en realidad una modalidad de difusión, pues quien exhibe da a conocer el material pornográfico, por ejemplo reproduciendo el filme en una reunión o mostrando fotografías. No comprende la actuación en vivo de menores, por la inequívoca y reiterada referencia del tipo a “material pornográfico”. Sin embargo, dicho extremo queda parcialmente atrapado por el artículo 4º.

Dos problemas se advierten con relación a estos verbos. El primero tiene que ver con la cuestión de si los mismos determinan tipos colectivos, esto es que se requiera cierta reiteración de la conducta, una cierta profesionalización. En términos concretos, si a quien se le ha probado la venta de un solo ejemplar, o el envío de un solo video, por ejemplo, conjugó o no los verbos *comercializar* o *distribuir* cuando no está probada una dedicación a esas actividades. El sentido natural y obvio de las expresiones parece excluir estas hipótesis. Una interpretación sistemática del ordenamiento confirma la solución desde que el legislador en otros casos ha empleado el verbo *vender*³². Es dudoso, en cambio, si las conductas reseñadas como ejemplos, estarían alcanzadas por el verbo *difundir*, según predomine la acepción como mera extensión o la que denota un resultado más exigente como lo hace la voz divulgar. Más se complica todavía la definición de su alcance al analizar las comunicaciones a través de Internet. Lo mismo sucede con *exhibir*: ¿basta con una sola presentación o muestra del material a otra persona para que se configure? Dicho término se define en el lenguaje corriente como “mostrar en público”, y así se sobrentiende en el uso cotidiano de la expresión, de ahí que cuando se trata de una “exhibición privada”, así se aclare.

Párrafo aparte merece el verbo almacenar. Su sentido, “guardar en almacenes”, tiene que ver el ciclo comercial del que designa una etapa, previa a la distribución o comercialización. Por este mismo carácter implica en principio un cierto volumen, una cantidad significativa de ejemplares. Sin embargo, las nuevas tecnologías, en lo referente a la informática, han

³¹ GONZALEZ, Ariosto D.: *Tratado de Derecho Aduanero T. II*, Depto. de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1964, págs. 25 y 164.

³² Por ejemplo en los delitos marcarios y contra la propiedad intelectual.

provisto al término de una nueva acepción: “introducir información en la memoria de un ordenador”, un cambio muy importante en este aspecto. La misma imagen registrada digitalmente, puede reproducirse y enviarse indefinidamente. En este marco, guardar un archivo conteniendo imágenes pornográficas, en un directorio del disco duro está alcanzado por el concepto de almacenar. Precisamente, en lo atinente a este verbo nuclear el tipo subjetivo se encuentra enriquecido con la referencia “con fines de distribución”, finalidad de distribución que, por ejemplo, quedaría exteriorizada en la superlativa cantidad de copias, que no lograría explicar una cautelosa voluntad de respaldarla para un uso personal y exclusivo³³. Distinto es el caso, tratándose de archivos almacenados en el disco duro del ordenador. De todas formas, aquí el Legislador ha instaurado un delito de sospecha, que adelanta el momento consumativo del reato y la referencia subjetiva apuntada, cumple una función de acotamiento de la reacción punitiva exorbitante. Por tanto, puede decirse que quien acciona los comandos para que el archivo conteniendo imágenes pornográficas quede “guardado” en una carpeta del disco duro, conjuga el verbo almacenar. Aunque, para que sea típica, requerirá además, que se demuestre que el mismo estaba destinado a su distribución, pues es perfectamente posible que quien use la computadora lo tenga para su “recreación” personal.

Como se ve también las posibilidades que brindan la informática y tratándose de bienes intangibles, el concepto de distribución debe ajustarse. Por lo pronto, se ha sostenido que en la Web no hay distribución, hay acceso, de ahí la sencillez y el bajo coste de publicar en ella. La información a la que se accede se encuentra estática y almacenada en las máquinas del proveedor; el usuario va hacia ella voluntariamente, no se le remite. El coste de acceder es del usuario³⁴. Así la distribución será la conducta consistente en repartir lucrativamente entre una pluralidad de personas una cosa. “Repartir” pornografía infantil entre varios internautas, sólo puede decirse en sentido figurado.

Aquí podrían incluirse las actividades de los traficantes que, tras el cobro de una cantidad de dinero, se comprometen a enviar material pornográfico ilegal a sus abonados en sus direcciones de correo electrónico periódicamente, pero no los intercambios entre pedófilos³⁵. Tampoco se adapta al concepto de distribución la utilización de archivos compartidos. *Distribuir* y *almacenar* evidentemente aluden a la explotación comercial en sus distintas etapas. Lo anterior nos lleva a realizar una reflexión preliminar

³³ De todas maneras esto tiene que ver con las convicciones que emergen del objeto de la prueba, y debe estarse a cada a caso, teniendo presente los principios procesales para la valoración de la misma, presididos por el de *in dubio pro reo*.

³⁴ Cfr. LOPEZ ORTEGA, Juan José: “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”. Consejo General del Poder Judicial.

³⁵ Modalidad detectada por investigaciones criminológicas.

en cuanto a la conveniencia de legislar, empleando una terminología técnica común, con respecto a los delitos vinculados a estas tecnologías.

Ratio legis

Bien, la ratio de la disposición se ha dicho que consiste en evitar la persistencia del daño ocasionado a las víctimas, el que subsistiría mientras el material que las afecta esté circulando. Algunos autores han vinculado esta figura a la del delito de receptación, pues como señalábamos al comienzo, se trata del uso, con fin de lucro o no, del producto del delito legislado en el artículo 1º. Otros han señalado con acierto, que también son la prueba del mismo, particularmente cuando las imágenes contienen la “actuación” del sujeto activo, como ocurre en los *souvenir* de los viajes de turismo sexual. Indudablemente que la afectación aquí se proyecta sobre los derechos a la dignidad de las personas, el derecho a su imagen y también a su libertad sexual, por cuanto su divulgación en la comunidad a la que pertenecen, indudablemente condiciona su relación con los integrantes de la misma. Es, de alguna manera, una prolongación de los efectos nocivos resultantes de la comisión del delito del artículo 1º³⁶.

Penalidad

En el fragmento de realidad que describe esta figura delictiva, no hay necesariamente contacto entre el sujeto activo y personas menores de edad o incapaces que resulten explotadas, directamente, por él. Indudablemente la afectación a bienes jurídicos es menor y coherentemente con ello el tratamiento punitivo se ha abatido significativamente.

FACILITAMIENTO DE LA COMERCIALIZACIÓN Y DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO³⁷

³⁶ Interesante problema plantea la constatación realizada por algunos investigadores que han procurado identificar a las víctimas que aparecen en las imágenes que circulan por Internet, descubriendo que algunas llevan décadas circulando, incluso que ha fallecido la persona que aparece en ellas. ¿Qué pasa entonces con la afectación del bien jurídico? ¿Puede consentir un adulto la distribución de imágenes pornográficas tomadas cuando era menor de edad? ¿Qué efectos tiene ese consentimiento en la configuración del tipo del artículo 2º?

³⁷ Artículo 3º. (Facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces).- El que de cualquier modo *facilitare*, en beneficio propio o ajeno, la comercialización, difusión, exhibición, importación, exportación, distribución, oferta, almacenamiento o adquisición de material pornográfico que contenga la imagen o cualquier otra forma de representación de una o más personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría.

Plasma una forma especial de coparticipación criminal que se aleja de los principios generales que rigen la materia. Los bienes jurídicos afectados obviamente están relacionados con el de la figura del artículo, del que se convierte en una suerte de figura complementaria, ampliando su alcance punitivo a conductas que de otra forma estarían comprendidas por el régimen general del concurso de delincuentes. Cumple una función amplificadora de la responsabilidad penal derivada del tipo previsto en el artículo 2º, mediante la creación de una figura autónoma, pero con la que tiene elementos comunes, por lo que no es necesario reiterar aquí el análisis de los mismos.

Bien jurídico

La afectación del bien jurídico en el artículo 1º supone la difusión la extensión pública, como probabilidad o peligro, pues la cuestión es la permanencia de la afectación, la que aquí se realiza. Permanencia que, invocada esta vez como *ratio legis*, se sostiene que limita el ámbito de autodeterminación de la víctima, la que podría llegar incluso a la autoeliminación, como en el multicitado caso de un joven austríaco de doce años, que se suicidó al descubrir en Internet las imágenes que daban cuenta del abuso que había sufrido.

Sujeto activo

Es general e incondicionado. Aunque quedan excluidos los sujetos activos que ya estuvieren comprendidos en los artículos 1 y 2 de la ley, atendiendo a criterios de progresividad.

Aspectos subjetivos del tipo

Consideramos que aquí está una de las claves para la interpretación de la figura. En efecto, como es sabido el aspecto subjetivo del tipo está constituido por el dolo, entendido como la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento efectivo de sus elementos, incluidas las referencias normativas, necesarios para su configuración. El tipo subjetivo se encuentra enriquecido con una referencia subjetiva, lo que lo convierte en un tipo asimétrico, y reclama por cierto una orientación subjetiva hacia determinada finalidad concreta, trascendente más allá del propio ámbito del dolo, delimitado por los elementos objetivos del tipo. Es por tanto, un determinado componente anímico que debe constatarse en el agente para concluir positivamente el juicio de adecuación típica. Así, la referencia

subjetiva “en beneficio propio o ajeno”, lo convierte en una figura de resultado cortado, por cuanto el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad pretendida por el sujeto, en una meta a alcanzar ajena a cualquier otro comportamiento ulterior del agente, como lo definiera POLAINO NAVARRETE³⁸. Por cierto que no es menester que el agente logre dichas metas para que el delito se consume. Lo que asigna sentido y permite una delimitación de la figura es, precisamente, el fin de lucro que moviliza el agente. Contraponer la respuesta penal al mismo, es lo que informa la *ratio* de la disposición.

En efecto, el sujeto activo no está movilizado aquí por sus pasiones, características de personalidad, vicios o como quiera llamársele. En este delito, lo que orienta el accionar es el fin de ganar dinero, obtener ganancias, nada menos que interviniendo en una actividad que es una lacra social. Apunta en principio, a actores sociales cuyos servicios hacen posible que los abusos continúen perpetrándose. Entre los “facilitadores”, esto es los sujetos activos de la figura, se señala como ejemplo: los emisores de tarjetas de crédito que financian la adquisición de pornografía infantil, los que permiten publicidad al respecto en sus medios, etc.

Verbos nucleares

Como su *nomen iuris* lo indica, viene a facilitar cualquiera de las conductas del artículo 2º, al que se agrega la *adquisición*, que parecería no ser delito por sí misma, no obstante criminaliza su facilitación. Los *facilitadores* son ónticamente coautores o cómplices que vienen a responder, *ope legis*, como autores de facilitación³⁹.

Facilitar es hacer fácil una cosa, transformarla en algo que dé poco trabajo o poco esfuerzo, ayudar a otro entregándole algo o proporcionarle algún medio para mejor llevar a cabo lo que se propone. Se ha sostenido que esta fórmula⁴⁰, no admite facilitación de la facilitación, por lo que los colaboradores del facilitador responderán también como facilitadores lisos y llanos del delito central al que todos acceden, y no por el régimen de participación criminal. Esta solución habilita una extensión desmesurada de la responsabilidad penal que recuerda las objeciones que ridiculizaban a la teoría de la *conditio sine qua non*, por lo que es preferible aseverar que el ámbito de conductas punibles deberá circunscribirse racionalmente con la aplicación del principio de legalidad estricta y los criterios legales de imputación subjetiva. Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que sí puede

³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “¿Dolo genérico *versus* dolo específico? Reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto”, en *Revista de Derecho Penal N° 13, diciembre de 2002*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pág. 232.

³⁹ La solución legislativa tiene puntos de contacto con la empleada en el artículo 325 Bis del Código Penal (del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer).

⁴⁰ LANGON CUÑARRO, Miguel, ob. cit. pág. 135.

resultar aplicable el régimen general de participación en una hipótesis de omisión. Habida cuenta que “facilitar” denota un desempeño positivo dirigiendo la voluntad en un determinado sentido, es decir, el precepto configurado es negativo y se infringe actuando contrariamente a lo prohibido, reclama una modalidad comisiva. Quedan excluidas de este tipo pues, las modalidades de omisión impropia en la comisión de los tipos de los artículos 1º y 2º. En otras palabras, la conducta del agente en situación de garante, que no obrare en consecuencia, (impidiendo o denunciando el hecho), pueda ser sancionada penalmente en función de lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la ley en estudio, gracias al dispositivo amplificador que configuran los artículos 3º *in fine* y 61 inc. 2º del Código Penal.

Sobre los verbos nucleares que se reiteran en el tipo que comentamos nos remitimos a lo ya señalado oportunamente. La hipótesis de “facilitamiento de adquisición” refuerza la interpretación técnica de “comerciar”, puesto que de no ser así sería ociosa su incorporación. La adición no puede sino interpretarse por la finalidad de incriminar también el financiamiento aunque más no sea, de una sola operación de compra de material pornográfico.

Por otro lado, “facilitar el almacenamiento”, no habilita, pues sería hacerlo por la vía oblicua, la represión penal de la mera tenencia de material pornográfico. Contempla más bien el accionar del administrador de un servidor que a sabiendas permite que se guarde pornografía en él, por ejemplo. Decimos “a sabiendas” por cuanto es conocida la cada vez mayor automatización en la prestación de estos servicios, característica del empleo de medios informáticos. Huelga precisar que por ello la instrucción criminal debe ser por demás exhaustiva, y, además, contar necesariamente con el asesoramiento de peritos de reconocida competencia en el área.

Penalidad

El guarismo punitivo fijado para la figura se desplaza desde un mínimo que parte de los seis meses de prisión y se eleva hasta el máximo de dos años de penitenciaría, lo que significa que se sitúan exactamente en la mitad de los previstos en la figura anterior. Como se indicara, las conductas que quedan atrapadas por este artículo son ontológicamente formas que corresponden a hipótesis de coautoría y complicidad, por lo cual, menos se explica el nuevo tratamiento punitivo con relación al que hubiere correspondido por aplicación del régimen general de la participación criminal. En efecto, si tomamos en cuenta que en éste, al coautor se le castiga con la misma pena que al autor y al cómplice con la tercera parte (artículos 88 y 89 del Código Penal), la figura que comentamos “premia” a

los coautores con un descuento del cincuenta por ciento y penaliza a los cómplices con un incremento también del cincuenta por ciento, sin fundamentación político criminal de la variación que supone la actual equiparación.